



Asociación Latinoamericana de Arbitraje
Associação Latinoamericana de Arbitragem

Anuario ALARB

Asociación Latinoamericana de Arbitraje

Volumen I (2025)
Derechos Reservados

Presidentes del Comité de Publicaciones
Francisco González De Cossío
José Gregorio Torrealba

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES MINERAS: EL CASO DE PANAMÁ

*José Ignacio Hernández G.**

Resumen: Panamá se encuentra involucrada en ocho disputas arbitrales derivadas de sus políticas mineras. Desde la perspectiva del Derecho Internacional de las Inversiones, estas disputas ponen de relieve las tensiones entre los estándares de protección de los inversionistas y las políticas ambientales. Estas tensiones no se limitan a las medidas regulatorias tradicionales adoptadas por el Poder Ejecutivo, pues la mayoría de las disputas derivan de dos fallos de la Corte Suprema. El surgimiento del Poder Judicial como actor regulatorio subraya la necesidad de un enfoque arraigado en principios generales de Derecho Constitucional y Administrativo, que promueva el equilibrio entre los derechos de los inversionistas y las políticas regulatorias del Gobierno. Adicionalmente, estas disputas ilustran los riesgos que derivan de los imprecisos tratados suscritos a fines del siglo XX, particularmente cuando se comparan con tratados más recientes que brindan un marco sólido para equilibrar las políticas ambientales con los derechos de los inversionistas desde la visión del derecho a regular. Finalmente, las disputas de Panamá ayudan a comprender que la protección ambiental en una era de cambio climático requiere un marco institucional favorable a la inversión para producir minerales críticos o estratégicos empleados en la descarbonización de la economía. Una interpretación que sólo favorezca el derecho a regular podría obstaculizar el abastecimiento de los minerales necesarios para avanzar en la sustitución de combustibles fósiles por energías limpias.

Palabras claves: Derecho Internacional de las Inversiones, cambio climático, derechos ambientales, minerales críticos, derecho a regular.

Abstract: Panama is currently involved in eight arbitration disputes arising from its mining policies. From the perspective of International Investment Law, these disputes highlight the tensions between the standards of protection for investors and environmental policies. These tensions are not limited to traditional regulatory measures adopted by the Executive Branch; rather, most of the disputes stem from two rulings by the Supreme Court. The emergence of the judiciary as a regulatory actor underscores the necessity for an approach rooted in general principles of Constitutional and Administrative Law, which promote a balance between investors' rights and the government's regulatory responsibilities. Additionally, these disputes illustrate the risks associated with the vague treaties signed at the end of the 20th century, particularly when compared to more recent treaties that provide a robust framework for balancing environmental policies with investors' rights, from the perspective of the right to regulate. Finally, the Panama disputes help to understand that environmental protection in an era of climate change requires an institutional framework favorable to the investment in critical or strategic minerals needed to decarbonize the economy. An interpretation that only favors the right to regulate could obstruct the supply of the minerals required to advance in the substitute of fossil fuels combustible by clean energies.

* Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela, Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña. Asociado, Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, Washington D.C.

Keywords: International Investment Law, climate change, environmental rights, critical minerals, rights to regulate.

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES MINERAS: EL CASO DE PANAMÁ

José Ignacio Hernández G.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LAS INVERSIONES MINERAS EN PANAMÁ Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN. 1. Breve introducción al Derecho Minero de Panamá. 2. Las concesiones de 1997 y 2023 y su nulidad por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. La moratoria a las operaciones mineras. II. LAS POLÍTICAS MINERAS, EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y EL DERECHO A REGULAR. 1. Los estándares de protección en los Tratados aplicables a las disputas de inversión y la protección del derecho a regular. 2. El derecho a regular y las políticas mineras. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

Dentro de las disputas internacionales Estado-Inversionistas, el sector minero suele ocupar un lugar importante. Del total de disputas que registra la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), el sector minero contabiliza 124 reclamos, cerca del 8% del total de reclamaciones pendientes. Sin embargo, las disputas surgidas de este sector -y en general, el sector de industrias extractivas- ha venido creciendo. Aproximadamente doce por ciento (12%) de las nuevas reclamaciones registradas en 2023 tienen su origen en este sector¹.

La transición energética, al elevar la importancia de las inversiones en minerales críticos o estratégicos, incrementa el riesgo de disputas de inversión. Así, la descarbonización de la economía requiere del uso de minerales para la producción de energías limpias, como es el caso del litio². El auge de inversiones mineras implica mayores probabilidades de disputas entre los derechos de los inversionistas y las políticas mineras del Estado sede de la inversión, especialmente, por lo que respecta a la protección de derechos ambientales³.

Panamá es un ejemplo del auge de disputas de inversión en el sector minero. Así, actualmente el país se enfrenta a ocho reclamos arbitrales por políticas mineras adoptadas en protección del medio ambiente, incluyendo sentencias del Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Estos reclamos comprenden peticiones basadas en la violación de contratos, por medio de solicitudes de arbitraje presentadas ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), así como denuncias de violación de tratados de inversión, algunas de las cuales han derivado en solicitudes cursadas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (CIADI). Aun cuando estos reclamos están todavía en su etapa inicial, las estimaciones de los montos reclamados podrían superar los veinte (20) mil millones de dólares.

Este trabajo presenta un análisis general de estas reclamaciones, con el fin de enmarcarlas en las tensiones actuales de los mecanismos de solución de controversias

¹ Los datos se toman de: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1297/banreal-v-venezuela>. Véase igualmente *2024 World Investment Report*, UNCTAD, pp.75 y ss.

² Los minerales estratégicos, para este estudio, son aquellos necesarios para la producción de energías renovables, como es el caso del litio. Vid.: International Energy Agency, *The Role of Critical World Energy Outlook Special Report Minerals in Clean Energy Transitions*, 2022, p. 5

³ López, Clara, "Mining in investment arbitration: an analysis of mining companies' legitimate expectations", *Journal of International Economic Law* n° 27, 2024, pp. 297 y ss.

basados en políticas mineras y ambientales. En especial, estos reclamos nos permitirán evaluar el creciente rol del Poder Judicial como un actor de políticas públicas en el marco del litigio climático. A estos fines, la primera parte del trabajo resume las disputas de inversión que actualmente enfrenta Panamá, lo que nos permitirá formular algunas consideraciones críticas en torno a la inadecuación del contrato de concesión minera con las exigencias actuales dentro del sector. La segunda parte analiza estos reclamos desde la perspectiva de las tensiones entre los mecanismos de protección de inversiones y la protección del medio ambiente, en especial, desde el derecho a regular.

I. LAS INVERSIONES MINERAS EN PANAMÁ Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN

Las disputas Estado-inversionista suelen originarse en la actividad administrativa del Estado sede, pues en la práctica, las relaciones jurídicas con el inversionista suelen conducirse a través de la Administración Pública. De allí que estas disputas, especialmente basadas en tratados bilaterales de inversiones (TBIs) y otros tratados internacionales de inversión (TIIs) suelen basarse en la actividad e inactividad de la Administración Pública, por ejemplo, a través del ejercicio de la potestad expropiatoria, sancionatoria o de inspección⁴.

Sin embargo, es también posible que el Estado sede, por medio de otras funciones, viole los estándares de protección en tratados e incluso, incumpla las cláusulas contractuales. En realidad, y especialmente desde los TIIs, es irrelevante cuál función del Estado ocasiona la violación del estándar de protección, en tanto el Derecho Internacional es neutral en este sentido. Precisamente, un grupo importante de las disputas mineras analizadas no tienen su origen en la actividad administrativa, sino en el ejercicio de la función judicial, en concreto, por parte de la justicia constitucional, a cargo de declarar la inconstitucionalidad de Leyes⁵. La peculiar naturaleza del contrato de concesión minera permite explicar la incidencia -poco usual- de la justicia constitucional en disputas de inversiones.

1. Breve introducción al Derecho Minero de Panamá.

En 1997 y 2023, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de las Leyes aprobatorias de las concesiones mineras de las empresas Minera Petaquilla y Minera Panamá, entre otras consideraciones, debido a violaciones de disposiciones constitucionales orientadas a la protección del medio ambiente. Como resultado, la Administración Pública procedió al cierre de las minas, ocasionándose el cese de operaciones de las empresas concesionarias. Es este cese el que dio lugar a reclamaciones arbitrales, a las cuales haremos referencia en la segunda parte de esta sección.

El origen de estas sentencias lo encontramos en la figura de la concesión minera, que sigue siendo el principal instrumento para la explotación de minerales en América Latina. Los orígenes de esta figura se remontan al Derecho Colonial, y hunden sus raíces en el Derecho Romano. De esa manera, la concesión minera descansa en la propiedad del Estado sobre los yacimientos mineros, todo lo cual impide a terceros aprovechar esos yacimientos. El aprovechamiento de los yacimientos se condiciona a la transferencia del derecho de uso, mediante la decisión que dicta el Estado a través de su actividad administrativa. Este derecho

⁴ Véase lo que explicamos en Hernández G. José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2016, pp. 297 y ss.

⁵ En general, vid. Hoyos, Arturo, "La justicia constitucional en Panamá: una apretada síntesis", en Von Bogdandy, Armin et al., *La justicia constitucional y su internacionalización*, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, pp. 591 y ss.

uso es un derecho real, eventualmente sometido al Código Civil pero fundamentalmente regulado por el Derecho Administrativo, a través del régimen del dominio público⁶.

Desde el Derecho Administrativo Comparado, especialmente en la América Española, los bienes del Estado se someten a dos regímenes, a saber, el dominio privado y el dominio público. En el primero, hay un régimen preponderante de Derecho Privado, con lo cual los derechos reales del Estado son los previstos en el Código Civil, entre ellos, la propiedad. En el segundo, por el contrario, hay un régimen preponderante de Derecho Público. En concreto, los bienes del dominio público son inalienables, indisponibles e inembargables⁷.

Los yacimientos mineros son bienes del dominio público, lo que impide al Estado trasladar derechos reales civiles, pero no así derechos reales administrativos, o sea, regidos preponderantemente por el Derecho Administrativo. La concesión minera es, de esa manera, el acto a través del cual el Estado cede el derecho real de uso a un tercero, quien adquiere así el derecho a explorar y explotar minerales⁸. Esta concesión puede expresarse en un acto administrativo o en contrato público. En este último caso, nos encontramos ante el contrato de concesión minera, que suele ser uno de los llamados contratos administrativos, sometidos a un régimen exorbitante del Derecho Civil que permite a la Administración, de manera unilateral, modificar o terminar el contrato, así como dirigir su ejecución⁹.

El Derecho de Panamá sigue este esquema general. En efecto, de acuerdo con el artículo 257 numeral 6 de la Constitución, son propiedades del Estado *“las salinas, las minas, las aguas subterráneas y termales, depósitos de hidrocarburos, las canteras y los yacimientos de toda clase que no podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán ser explotados directamente por el Estado, mediante empresas estatales o mixtas, o ser objeto de concesión u otros contratos para su explotación, por empresas privadas. La Ley reglamentará todo lo concerniente a las distintas formas de explotación señaladas en este ordinal”*. Los yacimientos mineros son bienes públicos sometidos a un régimen jurídico especial, el cual excluye a los derechos reales civiles, pero sí permite -de acuerdo con la Ley- el otorgamiento del contrato de concesión minera a empresas privadas.

El propietario de los yacimientos es, entonces, la República de Panamá, quien actúa para la gestión de esa propiedad a través del Órgano Ejecutivo, a quien corresponde en general administrar la hacienda pública¹⁰. Aun cuando el Órgano Ejecutivo es el competente para la celebración del contrato de concesión minera, en ciertos casos la Asamblea Nacional le corresponde ejercer la función legislativa de control, aprobando o improbando los contratos públicos¹¹. El *Código de Recursos Minerales*¹² regula los aspectos centrales del contrato de

⁶ Véase en general a Vergara Blanco, Alejandro, *Principios y Sistema de Derecho Minero. Estudio Histórico y Dogmático*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, pp. 258 y ss.

⁷ Sobre el régimen del dominio público, vid. Cassagne, Juan Carlos, “Dominio público: noción y usos especiales”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* n° 18, 2014, pp. 45 y ss.

⁸ González Pérez, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 21-22;

⁹ La concesión es el título habilitante que permite la entrada al mercado para explotar y comercializar yacimientos. Cfr.: Castro Pozo, Xennia Forno, “El Título Minero como Acto Administrativo Habilitante”, en *Revista de Derecho Administrativo* n° 8, 2009, pp. 47 y ss. En algunos casos, como sucede en Panamá, este título habilitante tiene forma de contrato. Por ejemplo, vid.: Haro Bocanegra, Iván M., “El contrato de explotación minera”, en *Derecho y Cambio Social* n° 59, 2020, pp. 248 y ss.

¹⁰ Artículos 1, 2 y 183, numeral 2, de la Constitución de 1972, reformada en 2004.

¹¹ Artículo 159.15.

¹² Decreto Ley n° 23, de 23 de agosto de 1963, publicado en la Gaceta Oficial n° 15.162 de 13 de julio de 1963.

concesión minera de exploración, extracción, transporte y comercialización de los minerales producidos¹³.

2. Las concesiones de 1997 y 2023 y su nulidad por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. La moratoria a las operaciones mineras.

Mediante Ley n° 9 de 26 de febrero de 1997¹⁴, la Asamblea Nacional aprobó el contrato celebrado con Minera Petaquilla, S.A., sobre yacimientos de oro, cobre y otros minerales en el área conocida como “Cerro Petaquilla”, para la exploración, extracción, explotación, beneficio, procesamiento, refinación, transporte, venta y comercialización de los minerales¹⁵. Tal Ley fue declarada inconstitucional en sentencia de 21 de diciembre de 2017, con base en las razones que se resumen de seguidas¹⁶.

En *primer* lugar, la Ley aprobatoria cumple fines de control sobre el contrato y el procedimiento que llevó a su formación, todo lo cual se extiende al control de los beneficios económicos derivados del contrato y sus beneficios sociales y ambientales. En especial, la Corte recordó que de conformidad con el artículo 259 de la Constitución, las “concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público”.

En segundo lugar, la Asamblea “desatendió su función de control al dar por bueno o suficiente un contrato que fue celebrado al margen de la legislación general y especial de la contratación”. De acuerdo con la Corte, para el momento en el cual se celebró el contrato, estaba en vigor el Decreto de Gabinete n° 264¹⁷, el cual aprobó el régimen jurídico especial para las concesiones mineras en la zona de yacimientos de Petaquilla, Botija y Río del Medio, basado en procedimientos públicos de convocatoria para la presentación de propuestas, esto es, el procedimiento licitatorio para el otorgamiento de concesiones. Este Decreto fue derogado por la Ley n° 9, lo que para la Corte, sin embargo, no justificó la violación del procedimiento pautado en el citado Decreto. Asimismo, la Corte consideró que el contrato tampoco cumplió con la Ley n° 56 de Contrataciones Públicas, de nuevo, por lo que respecta al procedimiento de licitación pública.

Para este momento, las operaciones mineras se habían separado. Así, la explotación de oro había sido asumida por Petaquilla Gold, que operaba en el Cerro Molejón. La explotación de cobre estaba a cargo de Petaquilla Minerals, con derechos sobre 12.955 hectáreas en la mina Cobre Panamá. Desde 2014, la operación de esta mina había quedado a cargo de Minera Panamá, filial del inversionista extranjero First Quantum Minerals, Ltd¹⁸.

¹³ Artículos 3 y 8.

¹⁴ Gaceta Oficial n° 23.235, de 28 de febrero de 1997.

¹⁵ Cláusula Primera.

¹⁶ Gaceta Oficial n° 29.439 de 22 de diciembre de 2021.

¹⁷ Gaceta Oficial n° 16.430 de 22 de agosto de 1969.

¹⁸ En 2014, Minera Panamá llegó a un acuerdo con Petaquilla Minerals Limited, que permitió a aquella ejecutar el contrato de 1997 por lo que respecta al cobre. Vid.: “Minera Panama S.A. and Petaquilla Minerals Limited Sign \$60 Million Agreement”, 8 de mayo de 2014, tomado de <https://www.first-quantum.com/English/announcements/announcements-details/2014/Minera-Panama-SA-and-Petaquilla-Minerals-Limited-Sign-60-Million-Agreement/default.aspx>

Luego de esta sentencia, el Estado negoció con Minera Panamá una nueva concesión, permitiendo la continuidad de la operación, pese a la nulidad del contrato de 1997¹⁹. El contrato fue aprobado mediante Ley n° 406 de 20 de octubre de 2023²⁰, para la explotación minera en el corregimiento Coclé del Norte, Distrito de Donoso, y los corregimientos San Juan Turbe y Nueva Esperanza, en el Distrito Especial Omar Torrijos Herrera, todos de la Provincia Colón. Esta área comprende, en especial, la mina de Cobre Panamá²¹.

Sin embargo, la explotación de mina dio lugar a diversas protestas sociales que reclamaban los daños ambientales ocasionados con la explotación de la mina de cobre. Estas protestas escalaron a una crisis política, en la cual incluso se consideró como opción someter el proyecto minero a consulta popular²². En el marco de este conflicto político y social, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 27 de noviembre de 2023, declaró la nulidad de la Ley n° 406²³. Esta sentencia puede ser resumida a través de cuatro grandes principios, empleados en la interpretación constitucional que llevó a anular la Ley aprobatoria de la concesión.

El *primer principio* es la interpretación de la Constitución de Panamá -y en especial, de su Constitución Económica- en concordancia con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y muy en especial, los derechos económicos, sociales, ambientales y culturales (DESCA), reconocido en el Protocolo de San Salvador, bajo el principio *pro persona*. Asimismo, la Constitución Económica fue interpretada a la luz de los tratados celebrados en materia ambiental, incluyendo la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Estos tratados abarcan, también, el derecho a la participación ciudadana en las políticas ambientales, tomando en cuenta la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenida en la Opinión Consultiva n° OC-23-17 de 15 de noviembre de 2017, así como el Acuerdo de Escazú. El Derecho Internacional e Interamericano de los Derechos Humanos -y en especial, del derecho al ambiente- vincula a las empresas privadas, incluyendo a las empresas privadas extractivas. También resulta vinculante la concepción de la naturaleza como un “ente colectivo” cuya protección asume el Estado.

Todo este ordenamiento jurídico internacional y constitucional, fue interpretado para reforzar el deber del Estado de actuar conforme al principio de precaución, que es así el *segundo principio* afirmado en la sentencia. Por ello, a pesar de que no exista evidencia científica que acredite el daño ambiental, el Estado debe adoptar medidas “*que coadyuven en la protección del medio ambiente*”, en sintonía con el desarrollo sostenible. Las actividades económicas privadas, incluso, aquellas de uso de recursos naturales, quedan condicionadas al desarrollo sostenible y al respeto de los derechos humanos, especialmente, en relación con de poblaciones vulnerables.

El *tercer principio* es la soberanía del Estado en la gestión de recursos naturales, partiendo de la propiedad pública sobre el subsuelo, afirmado en el artículo 257.2 de la

¹⁹ “Gobierno y Minera Panama pactan nuevo contrato”, *The San Diego Union-Tribune*, 18 de enero de 2022, tomado de: <https://www.sandiegouniontribune.com/2022/01/17/gobierno-y-minera-panam-pactan-nuevo-contrato/>

²⁰ Gaceta Oficial n° 29.894-A, de 20 de octubre de 2023.

²¹ Cláusula Primera. Sobre el proyecto Cobre Panamá, vid. <https://cobrepanama.com/>

²² “Las protestas contra la explotación de una mina de cobre exhiben el choque entre dos ambientalismos en Panamá”, *El País*, 5 de noviembre de 2023, tomado de: <https://elpais.com/america/2023-11-06/las-protestas-contrala-explotacion-de-una-mina-de-cobre-exhiben-el-choque-entre-dos-ambientalismos-en-panama.html>

²³ Gaceta Oficial n°29.972, de 20 de febrero de 2024.

Constitución de Panamá. Esta propiedad se traduce en el deber del Estado de asegurar que las actividades extractivas se orienten al bienestar social y al interés público (artículo 259 de la Constitución), de acuerdo con el rol rector del Estado en la economía (artículo 282).

Finalmente, y en *cuarto lugar*, los derechos económicos del concesionario privado deben ser analizados en el marco de la Constitución Económica, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, a través de la ponderación de los derechos económicos privados con los DESCA y los deberes del Estado de proteger el ambiente y promover el bienestar social.

Con base en estos principios, la sentencia recordó que el fallo de 21 de diciembre de 2017, que había anulado la anterior Ley aprobatoria de la concesión, se había basado en la ausencia del procedimiento licitatorio previo, lo que constituye un precedente vinculante de la justicia constitucional. Este precedente, por ello, es aplicable al nuevo contrato, que tampoco fue otorgado mediante licitación, en violación a la Ley de Contrataciones Públicas.

Pero la sentencia fue más allá, al concluir que la Ley aprobatoria contradice las disposiciones comentadas de la Constitución Económica, en tanto esa Ley sobrepuso el “interés particular” de la empresa concesionaria privada por sobre los DESCA y, en general, el bienestar social. Bajo la teoría de Alexy, se recordó que los derechos fundamentales - incluyendo a los DESCA, y en especial, el derecho a la vida- son principios y, por ende, mandatos de optimización. Estas consideraciones, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, llevaron a la Corte a cuestionar el cumplimiento de la regulación aplicable al impacto ambiental, de acuerdo con la Ley General del Ambiente.

Asimismo, se consideró que la concesión otorgaba un “trato preferencial y prioritario” a la concesionaria, ignorando con ello que toda concesión -y en general, todo contrato administrativo- está subordinado al bienestar social. Incluso, luego de analizar diversas cláusulas contractuales, la sentencia concluyó que éstas no responden a las cláusulas exorbitantes que, en la contratación administrativa, garantizan la protección del bienestar social. Para estos efectos, se recordó que los contratistas privados del Estado también deben cumplir con los mandatos internacionales, interamericanos y constitucionales de protección a los derechos humanos, muy en especial, los DESCA impactados por las industrias extractivas.

La sentencia comentada es un ejemplo del llamado litigio climático²⁴, esto es, las acciones judiciales que en el orden doméstico -y eventualmente, en el ámbito internacional- inciden sobre políticas climáticas. Como consecuencia de ello, el proceso de toma de decisiones ya no está concentrado entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo: el Poder Judicial también participa en las políticas para la transición energética, en especial, respecto de la explotación de minerales estratégicos.

Luego de esta sentencia, la Administración Pública ordenó las actividades necesarias para el cierre de la mina, lo que ha dado lugar a nuevos conflictos, en buena medida, debido a los riesgos ambientales asociados al proceso de cierre de esta mina, que opera a cielo

²⁴ United Nations Environment Programme, *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, Nairobi-

abierto²⁵. Minera Panamá anunció la entrega del plan de preservación y manejo seguro²⁶, en el marco de denuncias sobre actos de vandalismo²⁷. Otro foco de conflicto ha sido las diferencias en torno al concentrado de cobre almacenado en la mina²⁸.

Este conflicto dio lugar a medidas adicionales orientadas a prohibir el otorgamiento de nuevas concesiones de minerales metálicos, como fue decidido mediante Decreto Ejecutivo n° 23, de 27 de octubre de 2023²⁹. Mediante Ley n° 407³⁰, se acordó una moratoria al otorgamiento de concesiones en general. Esto llevó a la Administración a no renovar tres concesiones en el Cerro Quema, originalmente otorgadas a la empresa Minera Cerro Quema. De acuerdo con la concesionaria, esta decisión implicó la extinción de las concesiones, cuyas áreas fueron declaradas reservas, y por ende, excluidas del otorgamiento de nuevas concesiones³¹.

Las dos sentencias dictadas por el Pleno de la Corte Suprema, junto con el Decreto Ejecutivo n° 23 y la Ley n° 407, han derivado en diversos reclamos arbitrales, que analizaremos en la siguiente sección, a la luz de la interacción entre el Derecho Internacional de Inversiones y las políticas ambientales que inciden en concesiones mineras.

II. LAS POLÍTICAS MINERAS, EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y EL DERECHO A REGULAR

El arbitraje internacional de inversiones, especialmente basado en TBIs, ha sido objeto de escrutinio después de la crisis de Argentina de comienzos del presente siglo. Así, el efecto acumulado de la proliferación de TBIs y el Convenio CIADI, ha sido la ampliación de procesos de arbitraje basados en políticas públicas del Estado sede, las cuales usualmente estaban sometidas solo al Derecho Constitucional doméstico. De este escrutinio ha derivado la propuesta de analizar el Derecho Internacional de Inversiones desde el prisma del Derecho Público Comparado, esto es, como un sistema global de control jurisdiccional de las políticas del inversor³².

Las objeciones al Derecho Internacional de Inversiones, en tanto sistema global de revisión de políticas públicas, abarca no solo aspectos procesales sino, en especial,

²⁵ "Por qué la enorme mina de cobre de Panamá clausurada tras masivas protestas sigue siendo un "asunto urgente" por resolver", *BBC*, 16 de agosto de 2024, tomado de: <https://www.bbc.com/mundo/articles/c9843p389xpo#:~:text=Qu%C3%A9%20ocurri%C3%B3&text=Tras%20el%20fallo%2C%20el%20gobierno,que%20da%C3%B1aba%20el%20medio%20ambiente>.

²⁶ "Cobre Panamá entregará al MICI la primera fase de un plan preliminar de preservación y manejo seguro el 16 de enero", 10 de enero de 2024, tomado de: <https://cobrepanama.com/nota/cobre-panama-entregara-al-mici-la-primera-fase-de-un-plan-preliminar-de-preservacion-y-manejo-seguro-el-16-de-enero-5232>

²⁷ "Cobre Panamá Denuncia Actos de Vandalismo", 13 de enero de 2024, tomado de: <https://cobrepanama.com/nota/cobre-panama-denuncia-actos-de-vandalismo-798>

²⁸ "Cobre millonario en pausa: ¿Qué esconde la auditoría de Minera Panamá?", *Mi Diario*, 24 de octubre de 2024, tomado de: <https://www.midiario.com/nacionales/cobre-millonario-en-pausa-que-esconde-la-auditoria-de-minera-panama/>

²⁹ Gaceta Oficial n° 29.899-B, de 27 de octubre de 2023.

³⁰ Gaceta Oficial n° 29.904, de 3 de noviembre de 2023.

³¹ Véase la nota de prensa de 10 de abril de 2024, de Orla Mining Ltd., tomada de: <https://orlamining.com/news/orla-mining-starts-2024-with-continued-strong-operating-performance-at-camino-rojo/>

³² Schill, Stephan W. "International Investment Law and Comparative Public Law-an Introduction", en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, p. 3. Nuestra posición en Hernández G., José Ignacio, "El control de la Administración Pública a través del arbitraje internacional de inversiones", en Barnes, Javier (ed), *Entre Tribunales. Libro homenaje a Pablo García Manzano*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 239 y ss.

sustantivos. Las primeras objeciones no solo han derivado en reformas procesales en el ámbito del CIADI, sino además, en la propuesta de la Unión Europea de crear tribunales permanentes de inversión³³. Pero incluso dentro del ámbito de estos tribunales permanentes, prevalece una objeción de índole sustantiva, derivada de la inadecuación del Derecho Internacional Público para abordar, adecuadamente, las disputas Estado-inversor. Así, el Derecho Internacional Público surgió para abordar relaciones entre Estados, no así las relaciones entre el Estado sede y el inversionista, que son relaciones regidas por el Derecho Público doméstico. De allí la pertinencia de abordar estas disputas desde el Derecho Administrativo Global y, más en general, el Derecho Público Global³⁴. Esto es, a través de los principios generales del Derecho Público doméstico que rigen a las relaciones Estado-inversor, y que constituyen fuente de Derecho Internacional de acuerdo con el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³⁵. Esta perspectiva de Derecho Público resulta especialmente relevante en el marco de disputas que involucran políticas ambientales, como sucede, precisamente, con las disputas analizadas en la sección anterior.

1. Los estándares de protección en los Tratados aplicables a las disputas de inversión y la protección del derecho a regular.

Los mecanismos de solución de controversias basados en TIIIs tienen un alcance mucho mayor que el arbitraje contractual. En efecto, mientras éste se centra en debatir si el ente público contratante incumplió el contrato y, en función a ello, determinar la compensación, el primero versa sobre la violación de los estándares de protección del inversor, lo que abarca un ámbito mucho mayor de violaciones³⁶. Quizás la mejor expresión de esta amplitud es el estándar del trato justo y equitativo, que puede abarcar una amplia gama de medidas adoptadas por el Estado sede consideradas desproporcionadas, arbitrarias, excesivas, infundadas o contrarias a las expectativas legítimas. Debido a su amplitud, este estándar llegó a ser considerado como la principal garantía de los inversionistas³⁷.

Esta amplitud está especialmente presente en los TIIIs hacia fines del pasado siglo, en especial, en el marco de la política de liberalización conocida como el Consenso de Washington³⁸. Una de las reclamaciones en contra de Panamá refleja este riesgo.

Así, Liebherr Mining Equipment Colmar SAS y Liebherr Panama S.A., contratistas de Minera Panamá, notificaron a Panamá, el 7 de marzo de 2024 la existencia de una disputa con ocasión al cese de operaciones mineras, alegando la violación de estándares de protección previstos en el TBI entre Francia y Panamá, de 1985³⁹. El artículo V de ese Tratado recoge, en su redacción tradicional y amplia, el estándar del trato justo y equitativo, lo que amplía

³³ López Rodríguez, Ana Mercedes, “El Sistema de Tribunales de Inversión: Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo”, en *Cuadernos europeos de Deusto* n° 57, 2017, pp. 29 y ss.

³⁴ Hernández G., José Ignacio, “El arbitraje internacional de inversiones desde el Derecho administrativo global”, en *Revista Internacional de Arbitraje* N° 24, Bogotá, 2016, pp. 125 y ss.

³⁵ Della Cananea, Giacinto, “Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law”, en *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, pp. 89 y ss

³⁶ Dugan., Christopher F., et al, *Investor-State Arbitration*, Oxford, 2008, pp. 187 y ss.

³⁷ Diehl, Alexandra, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Kluwer Law International, 2012, pp. 18 y ss

³⁸ Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2010, pp. 88 y ss.

³⁹ Véase: <https://jusmundi.com/fr/document/other/en-liebherr-mining-equipment-colmar-sas-and-liebherr-panama-sa-v-republic-of-panama-notice-of-dispute-thursday-7th-march-2024>

considerablemente la revisión de las decisiones adoptadas por Panamá, incluso, por medio de las sentencias de la Corte Suprema.

En contra, el grueso de las reclamaciones se basa en el Tratado de Libre Comercio entre Panamá y Canadá, de 2010. Este Tratado, aun cuando no responde a las tendencias más modernas, sí presenta un marco jurídico más renovado que el TBI, acotándose con ello el alcance de los estándares de protección. De esa manera, la Cláusula 9.06 recoge el estándar del trato mínimo, incluyendo el deber de extender un trato justo y equitativo, el cual debe interpretarse de acuerdo con la costumbre internacional. Nótese que, a diferencia del TBI, este Tratado condiciona el alcance del estándar a la costumbre, lo que pretende reducir el ámbito de protección a violaciones de cierta entidad consideradas violatorias de la costumbre internacional, como la denegación de justicia⁴⁰.

Este Tratado también acotó el alcance de la garantía expropiatoria, establecida en la Cláusula 9.11. En el Anexo, se redujo el concepto de expropiación indirecta, institución cuya indeterminación plantea inconvenientes prácticos⁴¹. En efecto, mientras que la expropiación directa alude a políticas cuyo objeto es la adquisición coactiva de la propiedad, la expropiación indirecta alude a políticas que, sin transferir coactivamente ese derecho, lo limitan de tal manera que su utilidad económica queda desnaturalizada. Bajo una visión amplia, por ejemplo, la negativa de otorgar un permiso ambiental ha sido considerada como una expropiación indirecta⁴². El citado Anexo, precisamente, pretende reducir este alcance, al acotar la expropiación indirecta a medidas cuyo efecto económico, extensión en el tiempo y contenido, genere un efecto similar a la expropiación. Como regla, se exceptúan medidas adoptadas de buena fe y de manera no discriminatoria orientadas a proteger políticas públicas como la protección del medio ambiente. Precisamente, esta última disposición pretende reducir el alcance de los estándares de protección frente a políticas ambientales, exigiendo que la violación al Tratado reúna ciertas condiciones de intensidad, que puedan reconducirse a la arbitrariedad de esas políticas⁴³.

El alcance más acotado de estos estándares es de especial importancia, pues el grueso de las reclamaciones en contra de Panamá se basan, precisamente, en este Tratado.

Así, el 16 de mayo de 2024, la empresa Petaquilla Minerals Ltd presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI, basada en este Tratado, por la anulación del contrato de concesión acordada mediante sentencia en 2017⁴⁴. Como explicamos, el ámbito del contrato de concesión aprobado mediante Ley n° 9 de 26 de febrero de 1997, había quedado dividido en dos. Mientras que el área correspondiente a la explotación de cobre había sido cedida a Minera Panama, la filial Petaquilla Gold mantuvo la exploración de oro en el Cerro Molejón. Luego del cierre de la mina, el yacimiento fue recuperado por el Estado y declarado reserva⁴⁵. Aun cuando el texto de la solicitud de arbitraje no es público, podemos inferir que el argumento central gira

⁴⁰ Sobre el rol de la costumbre internacional para acotar el estándar de protección, vid. Paparinskis, *International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford Monographs in International Law, 2013, pp. 64 y ss.

⁴¹ López Escarcena, Sebastián, *Indirect Expropriation in International Law*, Edward Elgar, 2014, pp. 131 y ss.

⁴² Laudo de 30 de agosto de 2010, caso *Metalclad Corporation vs. United Mexican States* (Caso CIADI n° ARB (AF)/97/1), párrafo 104.

⁴³ Sobre el de la arbitrariedad como condición que exige cierta intensidad en la violación de estándares, vid. Hernández G., José Ignacio,

⁴⁴ *Petaquilla Minerals Ltd. vs Panamá* (Caso CIADI n° ARB/24/12).

⁴⁵ “Estado recupera tierra concesionada a Petaquilla”, *La Prensa*, 15 de mayo de 2021, tomado de: <https://www.prensa.com/impres/panorama/estado-recupera-tierra-concesionada-a-petaquilla/>

en torno a los efectos expropiatorios de la sentencia que anuló el contrato de concesión, junto con reclamos por la violación del trato justo y equitativo, al considerarse que Panamá adoptó medidas desproporcionadas o arbitrarias que lesionaron inversiones protegidas por el Tratado, y relacionadas con los derechos reales mineros.

Un argumento similar puede justificar los reclamos derivados de la sentencia de 27 de noviembre de 2023, que declaró la nulidad de Ley n° 406 de 20 de octubre de 2023, la cual aprobó el contrato de concesión para la operación de Cobre Panamá. Aquí, sin embargo, se han planteado diversos reclamos por diversos inversionistas.

Así, y en *primer lugar*, First Quantum Minerals notificó a Panamá el inicio de una disputa de inversión bajo el Tratado el 14 de noviembre de 2023. Hasta ahora, no aparece registrada ante CIADI ninguna solicitud, lo que implica que la empresa ha optado por diferir el registro de la solicitud en procura de un arreglo negociado de la disputa⁴⁶.

En *segundo lugar*, y en la estrategia conocida como arbitrajes paralelos, el 29 de noviembre de 2023 Minera Panamá presentó una solicitud de arbitraje ante la CCI, por el incumplimiento del contrato de concesión. Mientras que la disputa basada en el Tratado tiene muy amplio alcance, como veremos, esta demanda arbitral se limita a determinar si Panamá incumplió o no el contrato de concesión.

Además, y en *tercer lugar*, en enero de 2024 Korea Mine Rehabilitation and Mineral Resources Corp. (KOMIR), en su condición de accionista de Minera Panamá, anunció el inicio de otro procedimiento arbitral ante la CCI, por incumplimiento de contrato⁴⁷.

En *cuarto lugar*, la empresa Franco-Nevada Corporation, accionista de Minera Panamá, registró una solicitud de arbitraje ante el CIADI el pasado 12 de julio de 2024, igualmente basado en el Tratado de Libre Comercio⁴⁸. Con la limitada información disponible, deducimos que el centro de esta solicitud está en la violación de los estándares expropiatorios y del trato justo y equitativo.

Ahora bien, centrando nuestro análisis en los reclamos basados en el Tratado, esto es, en las solicitudes de First Quantum Minerals y Franco-Nevada Corporation, consideramos que hay dos importantes obstáculos que ambas empresas deben sortear⁴⁹.

Así, el primer obstáculo es determinar si la sentencia que anuló la Ley aprobatoria del contrato de concesión es una medida expropiatoria, más allá de su licitud y del derecho a compensación. En nuestra opinión, existen sólidos argumentos para considerar que la anulación de la Ley aprobatoria del contrato de concesión, al producir la extinción unilateral de éste, es una medida con efectos expropiatorios⁵⁰. No hay duda de que las concesionarias sufrieron una pérdida de control sobre sus derechos como resultado de las sentencias que

⁴⁶ Véase la nota de prensa de 1 de diciembre de 2023 con detalles de esta solicitud, en: <https://www.first-quantum.com/English/announcements/announcements-details/2023/First-Quantum-Comments-on-Developments-in-Panama/default.aspx>

⁴⁷ "Korean mining company to file around \$747 mn claim against Panama", *The Korea Economic Daily*, 25 de enero de 2024, tomado de: <https://www.kedglobal.com/business-politics/newsView/ked202401250017>

⁴⁸ Franco-Nevada Corporation vs. Panamá (Caso CIADI n° ARB/24/26).

⁴⁹ Dejamos a salvo el análisis sobre si de acuerdo con el Tratado, ambas empresas son consideradas inversionistas y si sus derechos contractuales son inversiones.

⁵⁰ En general, sobre el concepto de expropiación, vid. Henckels, Caroline (2012), "Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration" *Journal of International Economic Law*, 15(1), 223-255.

anularon las Leyes aprobatorias. La intención de estas sentencias no fue, ciertamente, adquirir coactivamente los derechos contractuales, pero la consecuencia práctica de las sentencias fue la pérdida total de esos derechos y, con ello, del efecto económico útil de los derechos reales sobre los yacimientos de cobre y de oro⁵¹.

Que la expropiación indirecta haya sido ocasionada por sentencias, y no a través de decisiones regulatorias del Poder Ejecutivo, no es un elemento que incide en el análisis de los efectos expropiatorios. En suma, la sentencia es una medida dictada por el Estado en ejercicio de su soberanía, y por lo tanto, forma parte del catálogo de actos de imperio que quedan sometidos a los estándares de protección del inversor. Lo que sí es relevante es que la expropiación indirecta haya sido ocasionada por sentencias de la justicia constitucional, lo que puede explicarse por dos factores: (i) el régimen tradicional de la concesión, anclado todavía en una interpretación liberal del principio de separación de poderes que requiere de una Ley aprobatoria, y (ii) el ámbito expansivo de la justicia constitucional en América Latina, en especial, para la protección de derechos ambientales, incluso, aplicando directamente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵².

El segundo obstáculo es más complejo. No basta con considerar que la sentencia es una medida expropiatoria pues además, debe demostrarse su ilicitud por la violación de las garantías derivadas de la Cláusula 9.11, esto es, (i) si las sentencias no responde a un interés público; (ii) si violaron el debido proceso; (iii) si se adoptaron de manera discriminatoria y (iv) si no se cumplió con el deber de pago pronto, adecuado y efectivo. Sin embargo, como explicamos, el análisis de la violación de estos estándares fue condicionado en el Anexo, que establece una suerte de presunción de conformidad con el Tratado de las medidas aplicadas “*para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud, la seguridad y el medio ambiente*”. Especialmente en el caso Minera Panamá, el Estado puede alegar que, de acuerdo con la sentencia, el objetivo final fue proteger el derecho al medio ambiente, lo que traería como consecuencia la aplicación de la presunción de conformidad con el Tratado, cuyo propósito último -como explicamos en la sección siguiente- es proteger el derecho a regular.

Esta presunción no está presente en el TBI entre Francia y Panamá, que como explicamos, es el fundamento de la solicitud arbitral de Liebherr Mining Equipment Colmar SAS y Liebherr Panama S.A. Como puede observarse, una misma política minera puede tener consecuencias diferentes desde el Derecho Internacional de Inversiones, en función al tratado aplicable. Mientras los tratados suscritos hacia fines del pasado siglo no otorgan una protección adecuada al derecho a regular, tratados más modernos (como el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Panamá) sí contienen previsiones que tienden a proteger tal derecho, pero que en todo caso resultan mucho más limitadas en tratados suscritos en la última década. Con lo cual, la protección del derecho a regular frente a políticas mineras adoptadas en protección al medio ambiente depende principalmente del tratado aplicable, y en menor medida, de la interpretación que los tribunales de inversión puedan dar, como veremos de seguidas.

⁵¹ Como ha sido recientemente resumido, la expropiación indirecta requiere de medidas adoptadas por el Estado en ejercicio de su soberanía “*que interfieren en el uso de la propiedad, con el efecto de privar totalmente o de modo significativo al inversor del uso o de las utilidades razonablemente esperadas de su inversión*”. Laudo de 9 de agosto de 2023, en el caso *Clorox España S.L. vs. Venezuela*, Corte Permanente de Arbitraje, caso n° 2015-30, párrafo 681.

⁵² Este último elemento está especialmente presente en la sentencia que incidió en el contrato de Minera Panamá, pues además de violaciones al procedimiento licitatorio, se declararon violaciones a los derechos ambientales.

2. El derecho a regular y las políticas mineras

El escrutinio a los mecanismos de solución de disputas Estado-inversor luego de la crisis de Argentina de comienzos de siglo, ha llevado a un cambio gradual de interpretación, a los fines de entender que estos mecanismos no atienden a intereses privados sino a intereses públicos, todo lo cual recomienda que la interpretación de los estándares de protección partan de una aproximación comparada de Derecho Público. Así, en los casos comentados en este trabajo, el método comparado de Derecho Público aplicable a la institución de la expropiación otorga una referencia que no puede encontrarse en el Derecho Internacional Público, originalmente diseñado para relaciones entre Estados. Este método comparado se traduce en la aplicación de principios generales de Derecho Público como fuente del Derecho Internacional⁵³.

Aun cuando los principios generales de Derecho Público comparado no tienen, todavía, relevancia en el Derecho Internacional de Inversiones, lo cierto es que la perspectiva de los intereses públicos ha llevado a postular la compatibilidad entre los estándares de protección y la soberanía del Estado para intervenir en la economía, conocida como el derecho a regular⁵⁴. Este derecho puede traducirse de diversas maneras, pero típicamente, él se expresa en excepciones previstas en el TII de acuerdo con las cuales, ciertas medidas adoptadas para específicos fines de políticas públicas, no se consideran violatorias de los estándares de protección, reproduciendo así las excepciones presentes en tratados de libre comercio. La expresión “regulación” alude, en general, a toda política pública por la cual el Estado interviene en la economía incidiendo en los derechos del inversor⁵⁵. El propósito último es procurar el balance entre las políticas y estos derechos⁵⁶, permitiendo al Estado adoptar políticas económicas sin tener que compensar al inversionista⁵⁷.

Apartando aspectos procesales y formales, en el centro de las controversias mineras con Panamá está, precisamente, el derecho a regular. Frente a las reclamaciones basadas en la violación del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Panamá, y el TBI entre Francia y Panamá, el Estado alegará que las sentencias de la Corte, y en especial, el Decreto Ejecutivo

⁵³ A favor de la relevancia de los principios generales de Derecho Público, vid. Kingsbury, Benedict y Schill, Stephan, “Public Law Concepts to Balance Investors’ Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—the Concept of Proportionality”, en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 75 y ss. Con una posición más restrictiva, vid.: Peat, Daniel, “International Investment Law and the Public Law Analogy: The Fallacies of the General Principles Method”, en *Journal of International Dispute Settlement* 9, no. 4, 2018, pp. 654 y ss.

⁵⁴ Levashova, Yulia, *The Right of States to Regulate in International Investment Law*, Wolters Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, pp. 597y ss., así como Titi, Catherine, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, 2014, pp. 35 y ss.

⁵⁵ Baltag, Crina et al, “Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?”, en *ICSID Review*, Vol. 38 n° 2, 2023, pp. 381 y ss.

⁵⁶ Henckels, Caroline, *Proportionality and deference in investor-state arbitration: Balancing investment protection and regulatory autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 25 y ss, así como “Should investment treaties contain public policy exceptions?”, en *Boston College Law Review* n° 59(8), 2018, pp. 2.825 y ss.

⁵⁷ En sentido estricto, el derecho a regular es el derecho a intervenir en la economía sin compensar al inversionista. Véase en laudo de 13 de noviembre de 2019 en el asunto *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt vs. Hungría*, caso CIADI n° ARB/17/27, párrafo 364). En general, vid. Lorenzoni Escobar, Lina, “Medidas administrativas con efectos expropiatorios en Colombia: el caso de los contratos de concesión minera”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* n° 133, 2020, pp. 482 y ss.

nº 23 y la Ley nº 407, reflejan la soberanía de Panamá para proteger el medio ambiente, incluso, haciendo cumplir el Sistema Interamericano⁵⁸.

El rol del derecho a regular en reclamaciones mineras es especialmente importante en el marco de la transición energética. En efecto, existe una preocupación generalizada en torno a la compatibilidad del Derecho Internacional de Inversiones con la discrecionalidad que el Estado requiere para adoptar políticas de adaptación y mitigación del cambio climático. Debido a la amplitud de algunos estándares de protección, este espacio de políticas públicas puede quedar reducido, en el sentido que el Estado deberá enfrentarse al pago de compensaciones que, en suma, obstruyen la efectiva implementación de las políticas climáticas⁵⁹. La experiencia de las políticas adoptadas por España en el marco de las energías renovables, que derivaron en significativas compensaciones bajo los imprecisos estándares de la Carta de la Energía, evidencian estos riesgos⁶⁰.

Pero también genera un efecto adverso la abolición, en los hechos, de los mecanismos de protección de inversiones en el ámbito minero y ambiental. Tal riesgo es evidente en el laudo de 8 de julio de 2016, dictado en el asunto *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) vs. Uruguay* (caso CIADI nº ARB/10/7), en el cual se concluyó que la invocación de la protección a la salud era suficiente para afirmar la compatibilidad de la política económica con los estándares de protección⁶¹. De esa manera, excluir a cualquier política ambiental de los estándares de protección, puede dejar sin efecto las garantías jurídicas de la inversión extranjera, y que compensan las asimetrías de información que pueden inhibir flujos de inversión⁶².

Una posición extrema es la adoptada por Honduras, país que denunció la Convención CIADI, precisamente, por su incompatibilidad con las políticas ambientales⁶³. El referendo popular de Ecuador que rechazó los arbitrajes internacionales de inversión podría llevar al mismo resultado⁶⁴. Sin embargo, la inaplicación del Derecho Internacional de Inversiones puede generar mayores barreras para atraer las inversiones extranjeras al sector minero, lo que paradójicamente, puede obstruir la transición energética. En efecto, la descarbonización, entendida como la sustitución de combustibles fósiles por energías limpias, pasa por electrificar la economía, para lo cual es necesario contar con el suministro de minerales críticos o estratégicos como el litio e incluso, el cobre. Con lo cual, políticas restrictivas de

⁵⁸ Véase el importante caso *Eco Oro Mineral Corp. vs. Colombia* (caso CIADI No. ARB/16/41, laudo de 9 de septiembre de 2021). Un tribunal arbitral consideró que las políticas ambientales de Colombia eran compatibles con la protección de los derechos del inversionista.

⁵⁹ Tienhaara, Kyla et al., "Investment-state disputes threaten the global green energy transition" en *Science* Vol. 376, N° 6494, 2022, pp. 701 y ss.

⁶⁰ Galán Vioque, Roberto, "El ocaso de las energías renovables en España. La quiebra del modelo español de fomento de las energías renovables", en Tavares da Silva, Suzana, *Estudios de Direito da Energia*, Universidad de Coimbra, Coimbra, 2017, pp. 39 y ss.

⁶¹ Véase nuestro análisis en Hernández G., José Ignacio, "El Derecho Administrativo frente al arbitraje internacional de inversiones. Comentarios al laudo arbitral Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay", em Revista de Derecho Público nº 50, Montevideo, 2016, pp. 147 y ss.

⁶² Desde el punto de vista económico, justificamos el Derecho Internacional de Inversiones ante el fallo de mercado derivado de la asimetría de información, pues el inversionista extranjero desconoce las particularidades de las instituciones del Estado sede. El rol del Derecho Internacional es crear estándares uniformes que reduzcan esa asimetría.

⁶³ El 24 de febrero de 2024 Honduras denunció la Convención. Vid.: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/communiques/honduras-denounces-icsid-convention>

⁶⁴ "Ecuador dijo "no" al arbitraje internacional", TNI, 23 de abril de 2024, tomado de: <https://www.tni.org/es/articulo/ecuador-dijo-no-al-arbitraje-internacional>

actividades mineras, incluyendo moratorias, pueden afectar el suministro de minerales críticos y, con ello, obstruir la transición energética⁶⁵.

Los reclamos mineros frente a Panamá colocarán de nuevo en el centro de la discusión la compatibilidad del Derecho Internacional de Inversiones con las políticas ambientales, y seguramente, elevarán las críticas hacia los mecanismos de solución de controversias con inversionistas extranjeros en el marco del cambio climático. Mientras que el TBI con Francia no otorga un marco adecuado para una solución armónica, el Tratado de Libre Comercio con Canadá, con el Anexo a la Cláusula 9.11, sí permite enmarcar el debate en determinar si las políticas ambientales, incluyendo las sentencias, son compatibles con los estándares expropiatorios.

CONCLUSIONES

Las ocho reclamaciones arbitrales en contra de Panamá, con ocasión a las políticas ambientales adoptadas en relación con yacimientos de oro y cobre, colocan en evidencia las tensiones entre el Derecho Internacional de Inversiones y la protección del medio ambiente, en especial, en el marco de la transición energética. Desde esta perspectiva, estas reclamaciones permiten formular seis grandes conclusiones.

En *primer lugar*, las políticas ambientales que pueden entrar en conflicto con los estándares de protección de inversionistas no son solo las típicas medidas regulatorias dictadas por el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo. Especialmente en América Latina, el Poder Judicial y, en concreto, la justicia constitucional, tiene un rol cada vez más importante en la defensa de los derechos ambientales, incluso, ejerciendo el control de convencionalidad y aplicando directamente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Este rol genera incentivos para ampliar el control jurisdiccional en defensa de los derechos ambientales, y con ello, eleva el riesgo de sentencias que incidan adversamente en los derechos de los inversionistas extranjeros. El Derecho Internacional de Inversiones, por ende, debe adecuarse al advenimiento del Poder Judicial como un actor importante en la definición e implementación de políticas climáticas.

En *segundo lugar*, el tradicional contrato de concesión minera no cuenta con la estabilidad institucional que requieren las inversiones mineras. Por el contrario, este contrato responde a instituciones muy precarias, que se remontan incluso al Derecho Romano, y que no permiten al Estado sede interactuar a través de instituciones con capacidad burocrática, por ejemplo, a través de una agencia de regulación. El resultado es una fragilidad institucional que eleva los riesgos de conflictos con inversionistas. Es necesario, por ello, renovar el Derecho Minero en América Latina, para fortalecer la capacidad burocrática de la Administración Económica, a través de potestades de ordenación y limitación de las actividades mineras que otorguen mayor estabilidad jurídica y con ello, generen incentivos para la producción sostenibles de los minerales críticos que la transición energética requiere.

La *tercera* conclusión es que el Derecho Internacional de Inversiones debe ser valorado desde la perspectiva del Derecho Público Global, esto es, desde los principios generales de Derecho Constitucional y Administrativo como fuentes de Derecho Internacional. Esta perspectiva permite paliar la indeterminación de tratados suscritos a fines del pasado siglo,

⁶⁵ Como concluimos en Hernández G., José Ignacio, *El marco conceptual para el estudio de la descarbonización desde las instituciones políticas en América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2023.

enmarcando las controversias Estado-inversionistas desde principios generales que, adecuadamente, procuren el balance entre las potestades del Estado de intervención en la economía (incluso a través del Poder Judicial) y los derechos económicos del inversionista.

La *cuarta* conclusión es que la compatibilidad entre el Derecho Internacional de Inversiones y las políticas climáticas depende no solo de una adecuada interpretación enmarcada en los principios generales de Derecho Constitucional y Administrativo, sino además, y principalmente, en la redacción del tratado aplicable. La reclamación en contra de Panamá basada en el TBI con Francia no cuenta con un marco jurídico sólido que favorezca el balance entre las políticas ambientales y los derechos del inversionista, elevándose con ello el riesgo de decisiones que declaren la violación a tales derechos y ordenen el pago de compensaciones. El Tratado de Libre Comercio con Canadá, por el contrario, otorga un marco jurídico más balanceado, que favorece el espacio de políticas que Panamá requiere para proteger el ambiente, respetando los derechos de los inversionistas.

La denuncia de TII o del Convenio CIADI, en *quinto lugar*, no es una solución adecuada, pues eleva los costos de coordinación de la inversión extranjera, lo que puede generar efectos económicos y sociales adversos, como por lo demás queda en evidencia por el importante impacto económico del cierre de Cobre Panamá. Como hemos señalado en otro lugar, América Latina debería promover un nuevo modelo de tratado, que ajustado a las especiales particularidades del Derecho Constitucional de esa región, permita un mejor balance entre la protección de los inversionistas y las políticas económicas y sociales, especialmente, para proteger a los DESCA⁶⁶.

Por último, y en *sexto lugar*, las críticas hacia el Derecho Internacional de Inversiones desde la perspectiva ambiental, solo toma en cuenta una dimensión del problema, esto es, la (in) compatibilidad de los estándares de protección de inversionistas con la flexibilidad que requieren las políticas de adaptación y mitigación al cambio climático. Sin embargo, desde la perspectiva de América Latina, es necesario considerar que sin la producción de minerales estratégicos como el litio e incluso, el cobre, no será posible avanzar en la descarbonización global de la economía. La producción de minerales críticos ocasiona, a no dudarlo, daños ambientales, pero que en el espacio global, se compensan con los beneficios derivados del uso de minerales estratégicos en la descarbonización de la economía. Esto no supone, claro está, una habilitación ilimitada para realizar actividades extractivas más allá del costo ambiental. Esto sería tan negativo como la posición extrema opuesta, esto es, justificar una habilitación ilimitada al Estado para limitar o prohibir la producción de minerales estratégicos, afectando con ello la transición energética.

⁶⁶ Véase lo que explicamos en "Investment Law and Post-Pandemic in Latin America: Towards a New Approach to the Non-Intervention Principle", en *TDM n° 4*, 2022, tomado de: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2909